Die Rechtslage des Mieters gegenüber dem Ersteher eines Grundstücks vor Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität

Rostock (Meckl.)

ACAD. LUGD. BAT BIBL.

vorgelegt von

Kurt Schneider

Kammergerichts-Referendar in Berlin.

Berlin 1912.

W. Blankenfeldt, Buchdruckerei, Berlin N.W. 5, Birkenstr. 60.

Berichterstatter

Professor Dr. Wachenfeld.

Meinen Eltern gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Bedeutung des Zuschlagsbeschlusses für das Immobiliarzwangsversteigerungsverfahren 1

I. Die rechtliche Natur des Zuschlagsbeschlusses . . . 4

II. Ermittlung der Rechtsgrundsätze, die im Falle der Aufhebung des noch nicht rechtskräftigen Zuschlagsbeschlusses Platz greifen 20

III. Prüfung der Rechtslage des Mieters unter Anwendung der zu II ermittelten Grundsätze 30

Literatur.

Achilles, ZBl. RW. **18**, 181.
Altmann, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1904.
Burchardt, Buschs Z. **32**, 89.
Dernburg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.
Dernburg, Schuldverhältnisse, 1905.
Dernburg, Sachenrecht, 1908.
Eccius, bei Gruchot Beitr. **44**, 782.
Eccius, ebenda **50**, 459.
Engelmann, Der Zivilprozeß **3**, 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen **16**, 396; **39**, 160; **45**, 284; **57**, 200.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, 1908.
Fischer-Schäfer, Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 1902.
Fromm, Das Zubehör in der Zwangsversteigerung eines Grundstücks, 1908.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung **2**, 1908.
Günther, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozesses **2**.
Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, 1907.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
Jaeckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1909.
Jäger, Konkursordnung, 1904.
Kohler, bei Grünhut **33**, 571.
Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung, 1904.
Kretzschmar, Sächs. Archiv **98**, 145, 190.
Lindemann, in „Recht" **11**, 370.
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht, 1905.
Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs, 1907.
Oertmann, Allgemeiner Teil des BGB., 1908.
Oertmann, DJZ., 1906, 737.
Pagenstecher, Materielle Rechtskraft, 1905.
Petersen, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, **2**, 1906.
v. d. Pfordten, Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung usw., 1905.

Planck, Kommentar zum BGB. **1** und **2**, 1903.
Planck, DJZ. 99, 38.
Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz, 1901.
Riehl, Buschs Z. **17**, 32.
Rothenberg, Arch.Ziv.Prax. **94**, 265.
Rottmann, Handbuch für den Gerichtsvollzieherdienst, 1903.
Samter, Handbuch zum Verfahren der Zwangsversteigerung usw., 1904.
Schneider, JBl. **12**, 79.
Schöller, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung, 1899.
Schulz, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung Würzburger Diss., 1905.
Schwalb, Die materiellen Vorschriften des neuen Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung von Grundstücken, 1899.
Seuffert, Kommentar zur ZPO. **2**, 1908.
Steiner, Gesetz über die Zwangsversteigerung, 1909.
Standinger, Kommentar zum BGB. **1**, 1910; **2**, 1908.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht **2**, 1901.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses, 1885.
Weismann, Lehrbuch des Zivilprozesses **2**, 1908.
Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung usw., 1909.
Juristische Wochenschrift 32, 154 Nr. 11.
Juristische Wochenschrift 1907, 152, 37.
Seufferts Arch. 55, 131.

Einleitung.

Während die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ihre ausschließliche Regelung in der Zivilprozeßordnung gefunden hat, ist die Immobiliar-Zwangsvollstreckung im wesentlichen durch ein besonderes Gesetz, nämlich durch das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. Mai 1897 geordnet. Der Grund hierfür liegt in der besonderen gesetzlichen Behandlung, die das Recht der Mobilien und Liegenschaften gefunden hat.

Die Vollstreckung in ein Grundstück kann auf drei Arten geschehen, nämlich entweder mittels einer Zwangshypothek oder mittels der Zwangsversteigerung bezw. Zwangsverwaltung des Grundstücks. Die regelmäßige Art der Vollstreckung ist jedoch die Zwangsversteigerung, da sie allein den direkten Weg bildet, der den Gläubiger zur Befriedigung unter Verwertung des ganzen Grundstücks führt.

Den Mittelpunkt des Zwangsversteigerungsverfahrens bildet der Versteigerungstermin. Er wird im Voraus vom Richter festgesetzt. Seine Bestimmung ist öffentlich bekannt zu machen und den Beteiligten zuzustellen. In diesem Termin wird das Grundstück zur Versteigerung ausgerufen, indem gleichzeitig die Versteigerungsbedingungen und das geringste Gebot, d. h. die Höhe der Summe festgesetzt wird, die erforderlich ist, um die dem Gläubiger vorhergehenden Rechte zu decken, und die zum mindesten erforderlich ist, damit ein Gebot überhaupt Berücksichtigung seitens des Gerichts findet.

Das Gericht fordert die Kauflustigen zur Abgabe von Geboten auf. Auf ein zulässiges und von keiner Seite übertroffenes Gebot er-

folgt der Zuschlag, ein Beschluß des Versteigerungsbeamten, der binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die gemäß § 98 ZVG. mit der Verkündung des Beschlusses beginnt, im Wege der Beschwerde angefochten werden kann. Die Gründe zur Anfechtung sind sehr mannigfaltige, und im § 100 ZVG. festgelegt.

Die erfolgreiche Anfechtung führt gemäß § 101 ZVG. immer zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses seitens des Beschwerdegerichts, während im weiteren Verfahren sich die Möglichkeiten ergeben, daß der zweite Zuschlag entweder durch die an die Stelle des ersten Beschlusses gesetzte Entscheidung erteilt wird, oder daß nach Aufhebung der alten Entscheidung das Verfahren fortgesetzt wird und es hier zu einem neuen Zuschlag kommt, zwei Möglichkeiten, die von besonderer Bedeutung werden für eventl. Ausgleichsverpflichtungen zwischen erstem und zweitem Ersteher.

Damit der Zuschlag im Prozeßwege unanfechtbar wird, ist also erforderlich, daß eine zweiwöchige Frist verstreicht, ohne daß eine erfolgreiche Anfechtung stattfindet. Der Eintritt der Wirkungen des Zuschlagbeschlusses ist dagegen ohne Rücksicht auf die Rechtskraft lediglich durch die Verkündung bedingt (§ 89 ZVG.).

Bezüglich der Wirkungen des Zuschlagbeschlusses auf ein vorhandenes Mietverhältnis bestimmt nun § 57 ZVG., daß die im BGB. für den Fall eines Kaufes gegebenen Regeln Anwendung finden, d. h. daß mit Verkündung des Zuschlagbeschlusses der Ersteher in das Mietverhältnis sukzediert. Als besondere Modifikation ist hier noch festgesetzt, daß der Ersteher das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen kann, eine Berechtigung, die jedoch ausgeschlossen ist, wenn sie nicht zum ersten zulässigen Termine ausgeübt wird.

Die Bestimmungen des § 57 ZVG. enthalten lediglich eine Festsetzung der Wirkungen des verkündeten Zuschlagbeschlusses, ohne daß auf die Möglichkeit seiner Aufhebung, solange ihm noch die Rechtskraft mangelt, Rücksicht genommen wird. Wenn wir es uns nun als Ziel gesetzt haben, die rechtliche Lage des Mieters gegenüber dem Ersteher vor Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses zu behandeln, so kommt es für uns im besonderen darauf an, zu untersuchen, inwieweit diese Möglichkeit

die in § 57 festgelegte Lage des Mieters beeinflußt. Zu diesem Zwecke ist es aber erforderlich, erst einmal festzustellen, wie eine Aufhebung des Zuschlags auf das Mietverhältnis einwirken würde. Da wir anderseits auch bloß die Rechtslage des Mieters betrachten wollen, ist es für uns lediglich erforderlich, den Einfluß der Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses auf die dem Mieter typische Rechtslage zu untersuchen. Es wird daher im folgenden der Einfluß der Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses auf das Mietverhältnis betrachtet werden.

I.

Daß der Ersteher mit Verkündung des Zuschlagbeschlusses in die Rechte aus dem Mietverhältnis sukzediert, und ein Kündigungsrecht innerhalb der gesetzlichen Frist erwirbt, haben wir bereits angeführt. Als weitere wichtige auch den Mieter interessierende Wirkung ist aber noch zu beachten, daß mit dem Zuschlag das Eigentum auf den Ersteher übergeht. Bezüglich dieser Wirkung nämlich hat das Gesetz auch der durch eine eventl. Aufhebung des Zuschlags geschaffenen Rechtslage gedacht, indem in einem Nachsatze zu dem im ersten Satze des § 90 festgesetzten Eigentumsübergangs durch den Zuschlagsbeschluß erklärt wird, sofern er nicht im Wege der Beschwerde rechtskräftig aufgehoben wird.

Es ist also eine Bestimmung darüber getroffen, in welcher Weise durch die Aufhebung des Zuschlags das Eigentum betroffen wird. Wie ist es nun aber hinsichtlich der anderen Wirkungen des Zuschlags? Was für einen Einfluß hat die Aufhebung des Zuschlags auf ihren Bestand? Man könnte doch vielleicht sagen: Die Rechte aus dem Mietverhältnis sowie das besondere gesetzliche Kündigungsrecht sind Rechte, die mit dem Eigentum nur den Ursprung gemeinsam haben, im übrigen ihm aber selbständig gegenüberstehen. Da sie demgemäß durch Bestimmungen über den Fortfall des Eigentums nicht berührt werden, haben wir für ihre selbständige Regelung folgende Wahl: Entweder nehmen wir im Wege der Analogie an, daß die Bestimmungen über das Eigentum auch auf die Rechte aus dem Mietverhältnis und das Kündigungsrecht Anwendung finden. In diesem Falle wäre der Ersteher zu den Rechten aus dem Mietverhältnis sowie zur Kündigung nur berechtigt, „sofern nicht der Beschluß rechtskräftig aufgehoben wird." Oder wir können uns kraft arg. e contr. dahin entscheiden, daß diese Rechte eine dem Eigentum gegenteilige Regelung finden, da in § 90 ausdrücklich nur für dieses Bestimmungen getroffen werden. Indes, wenn man die selbständige Natur der Rechte aus dem Mietverhältnis näher

betrachtet, so ergibt sich, daß sie doch nur auf einer Täuschung beruht. Man wird doch in der Regel in den Rechten und Pflichten aus dem Mietverhältnis nicht eine Erweiterung, sondern eine Einengung der Eigentumsrechte zu erblicken haben. Aber selbst, wenn man in ihnen eine Erweiterung des Eigentumsrechts erblicken wollte, so würde man doch vernunftsgemäß diese Erweiterung als zu dem Wesen des in der Zwangsversteigerung erworbenen Eigentums gehörig betrachten müssen. Eine andere Konstruktion wäre Sophismus. Das Gleiche gilt auch für das Kündigungsrecht. Auch dieses ist kein selbständiges, zum Eigentum hinzutretendes Recht. Es ist zwar eine Erweiterung gegenüber den aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Rechten: aber gegenüber den Eigentumsrechten kann man es bloß als ein Recht, das dessen Einengung mildert, betrachten. Und selbst wenn man annähme, das Kündigungsrecht enthielte eine Erweiterung des Eigentums, so würde auch hier das für die Rechte aus dem Mietverhältnis Gesagte zutreffen. Wir kommen also zu dem Erkenntnis, daß die Rechte aus dem Mietverhältnis sowie das Kündigungsrecht nicht Rechte sind, die selbständig dem Eigentum gegenüberstehen, und demgemäß eine selbständige Regelung gefunden haben. Diese Rechte ruhen vielmehr auf der Grundlage des Eigentums. Sie sind in ihm enthalten und dies ist auch der Grund, aus dem heraus allein der Bestand des Eigentums für ihre Geltung von Bedeutung ist.

Die Frage nach der Einwirkung der Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses auf das Mietverhältnis präzisiert sich daher für uns dahin, in welcher Weise die Aufhebung des Zuschlags den Eigentumserwerb des Erstehers beeinflußt.

Hinsichtlich der Art der in § 90 festgesetzten Einschränkung mag hier zunächst noch betont werden, daß sie nicht schon mit der Einlegung einer Beschwerde gegeben ist, sondern erst mit der auf Grund der Beschwerde erfolgten rechtskräftigen Aufhebung des Beschlusses. Bevor wir uns jedoch einer weiteren Auslegung des § 90 zuwenden, ist es für uns zweckmäßig zu prüfen, welche Rechtssätze für diese in Frage kommen. Für den Fall nämlich, daß wir uns für die Anwendbarkeit privater Rechtsnormen entscheiden ist die Auffassung möglich, daß der auf Grund des Zuschlags erfolgende Eigentumsübergang von einer durch die Parteien gesetzten Bedingung abhängig ist, oder doch wenigstens so behandelt wird, als ob er es wäre. In diesem Falle wäre die

Auslegung eine sehr einfache, da wir uns nur an gegebene Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu halten hätten. Eine schwierigere Stellung würden wir dagegen haben, wenn wir die Bestimmung als eine vom Gesetz gegebene unabhängig vom Parteiwillen bestehende zu betrachten haben. Hier würden für die Auslegung verschiedene Möglichkeiten in Betracht kommen. Aber auch in diesem Falle besteht die Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung, je nach den von uns angewandten Rechtsnormen. Es ergibt sich jedenfalls, daß die Frage, welche Sätze auf den auf Grund der Zwangsversteigerung erfolgenden Eigentumsübergang anzuwenden sind, für uns von hervorragender Bedeutung ist. Sie ist daher zu prüfen. Da nun diejenigen, die die publizistische Natur des Zuschlags betonen, dennoch, wenigstens teilweise, Sätze des Privatrechts anwenden zu können glauben, so reicht bei einer solchen Prüfung für uns die Untersuchung der Zwangsversteigerung mit Rücksicht darauf, ob wir in ihr einen publizistischen Vorgang oder einen Akt privatrechtlicher Natur zu erblicken haben, nicht aus. Wir haben vielmehr noch weiterhin zu prüfen, ob die Zahl der publizistischen Momente bei der Zwangsversteigerung eine so große ist, daß es gänzlich unmöglich ist, Sätze des Privatrechts — sei es auch nur analog — auf sie anzuwenden.

Es soll also zunächst geprüft werden, ob der Eigentumserwerb auf Grund eines privaten Rechtsgeschäfts oder eines publizistischen Aktes erfolgt ist. Der den Eigentumserwerb begründende Zuschlag erfolgt durch Beschluß des Gerichts. Wir kommen daher zur Anwendung von Sätzen des Privatrechts, wenn wir die Tätigkeit des Richters nicht als eine öffentliche, d. h. Interessen der Gesamtheit verfolgend, sondern privaten Interessen dienend, betrachten. In diesem Falle würden auch keine Schwierigkeiten bestehen, den Richter als Vertreter einer andern Person zu betrachten. Es ist auch ferner zu untersuchen, ob, wenn man die richterliche Tätigkeit als eine solche öffentlich rechtlicher Natur ansieht, man vielleicht trotzdem den Eigentumserwerb als privaten Akt ansehen und dementsprechend behandeln kann. Zwei Gründe können uns hierzu die Veranlassung geben. Entweder man hält es für möglich, daß ein Richter durch einen prozessualen, d. h. öffentlichen Akt, eine rechtsgeschäftliche Erklärung für einen andern abgibt, oder aber man hält es für möglich, daß, ohne daß man den Richter eigentlich als Vertreter eines andern ansieht, der Wille einer Partei zwangsweise durch einen publizistischen Akt ersetzt werden kann.

Zunächst soll die Frage entschieden werden: Ist der Beschluß des Gerichts publizistischer oder privatrechtlicher Natur? Die Antwort hierauf ist nicht schwer und wird auch einstimmig von der Literatur dahin gegeben, daß der Beschluß eines Gerichtes öffentlichen Charakter trägt. Zunächst einmal ist die Tätigkeit des Richters im Zwangsversteigerungsgesetz, also öffentlichen Rechte, geregelt und schon aus diesem Grunde ist es folgeweise nötig, auf die Akte des Richters öffentliches Recht anzuwenden. Der den Zuschlag erteilende Richter handelt nicht als Privatmann, sondern in seiner Eigenschaft als Richter. In der Zuschlagserteilung liegt eine richterliche Entscheidung, die nur im Wege der Beschwerde angefochten werden kann. Dies ist in formeller Beziehung zu sagen. Aber auch in materieller Hinsicht müssen wir sagen, daß der Richter nicht dazu berufen ist, private Interessen wahrzunehmen. Vielmehr ergibt sich aus dem Wesen der Zwangsversteigerung, daß der Richter zwischen den durch das Verfahren betroffenen Interessen ausgleichend wirken soll. Und diese Stellung des Richters wird genau durch das Gesetz geregelt. Die Erteilung des Zuschlags ist unter gewissen Voraussetzungen für ihn eine Pflicht und ebenso auch nur unter denselben Voraussetzungen zulässig. Die Stellung des Richters ist eine im Gesetz fest begründete. Es ist also gänzlich unmöglich, in der Tätigkeit des Richters eine privaten Interessen dienende zu erblicken. Wir sind vielmehr genötigt, sie als Ausfluß der ihm zustehenden Amtsgewalt zu betrachten. Da die Erteilung des Zuschlags ein publizistischer Akt ist, ist es ausgeschlossen, in der Zwangsversteigerung einen durch das Gericht als Partei abgeschlossenen Vertrag anzunehmen.

Aber auch die Auffassung, daß das Gericht als Vertreter für einen Dritten einen Vertrag abschließt, ist nicht ohne weiteres angängig. Es bedarf vielmehr erst eingehender Prüfung, ob es überhaupt möglich ist, daß ein Beamter in seiner öffentlichen Funktion gleichzeitig als Vertreter einer Privatperson tätig ist und zwar in der Weise, daß er durch einen publizistischen Akt ein privates Rechtsgeschäft zum Abschluß bringt. Bei der Entscheidung dieser Frage finden wir eine willkommene Parallele in der Stellung des Gerichtsvollziehers.[1] Inbezug auf ihn hat das Reichsgericht schon in seiner Entscheidung vom 10. 6. 1886 angenommen,

[1] So in Anlehnung an Schulz S. 18 ff.

daß er zu der ihm den „Auftrag" erteilenden Partei in einem Vertragsverhältnis stünde. Es hat aber noch weitergehend in zahlreichen Entscheidungen den Standpunkt vertreten, daß der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers die Pfändung vornehme.[1] Wie nun inbezug auf die Stellung des Gerichtsvollziehers zu entscheiden ist, ist für uns ganz gleichgültig. Jedoch ist es für uns maßgebend, daß es allgemein anerkannt ist, daß auch publizistische Akte geeignet sind, zur Vertretung eines privaten Willens zu dienen. Denn selbst diejenigen, die im Falle des Gerichtsvollziehers zu einer gegenteiligen Entscheidung kommen, lehnen damit nicht die prinzipielle Möglichkeit ab. Vielmehr weisen sie nur die Vertretung im besonderen Falle zurück.[2] Da also an sich die Möglichkeit der Vertretung von Privatpersonen durch publizistische Akte besteht, so haben wir die Pflicht zu untersuchen, ob sie im besonderen für den Fall der Immobiliarzwangsversteigerung zutrifft.

Für den Fall, daß wir die Vertretung einer Partei durch den publizistischen Akt des Richters annehmen, ergeben sich die Möglichkeiten, als Partei anzusehen: den Schuldner, den betreibenden Gläubiger, die Gesamtheit der Gläubiger, sämtliche am Verfahren beteiligten Personen.

Von einer Vertreterstellung des Richters kann man natürlich nur bezüglich solcher Personen reden, deren Rechte dieser durch seine Handlungen ausübt. Mit Rücksicht darauf wollen wir nun die Möglichkeit der Vertretung des betreibenden Gläubigers betrachten. Er scheint besonders dazu geeignet zu sein, als durch den Richter vertreten angesehen zu werden, da gerade er es ist, der das Verfahren in Gang gesetzt hat und auch noch weiterhin seinen Verlauf zu beeinträchtigen vermag. Dennoch ist es unmöglich, zwischen ihm und dem Richter ein Vertretungsverhältnis anzunehmen. Der betreibende Gläubiger hat

[1]) So z. B. E. v. 4. 97.: „Der böse Glaube des Gerichtsvollziehers schadet dem Gläubiger." E. v. 1903 i. JW. 02 154 Nr. 11; gleichen Standpunkt vertreten auch Falkmann S. 287 ff. u. Rottmann S. 15; allerdings auch gegenteilige Entsch. Anderer Mng. auch: Jäger Anm. 21 zu § 30; Hellwig.

[2]) So sagt z. B. Hellwig S. 113 trotz seiner Ablehnung im allgemeinen, daß der Gerichtsvollzieher unter Umständen als Vertreter in der Vornahme von zivilrechtlichen Rechtsgeschäften benutzt werden kann. Auch weist er S. 108 Anm. 24 die von Riedinger: „Besitz an gepfändeten Sachen" aufgestellte Behauptung, man könne nur innerhalb der privatrechtliche Sphäre vertreten werden, zurück.

nämlich keine Rechte, die der Richter für ihn ausüben könnte.[1]) Er hat nicht, wie der Pfandgläubiger einer beweglichen Sache ein Recht, sich aus ihr im Wege des Verkaufs zu befriedigen (§ 1228 BGB.). Und dies trifft nach unserer Meinung nicht bloß für den betreibenden Gläubiger zu, der nicht dinglich berechtigt ist,[2]) sondern auch für die dinglich Berechtigten. Zur Geltendmachung ihrer Rechte sind sie von vornherein auf den Weg der Zwangsvollstreckung verwiesen. Und dieser Weg ist ein rein prozessualer. Es ist nicht möglich, ein Recht des Gläubigers anzunehmen, die Durchsetzung seiner Ansprüche dem Schuldner gegenüber zu betreiben, ein Recht, bei dessen Durchführung er nunmehr lediglich im Interesse einer objektiven Rechtsgestaltung auf die Mitwirkung staatlicher Organe angewiesen wäre.[3]) Vielmehr ist zu sagen: Die Verwirklichung der rechtlichen Ansprüche gehört zu den Aufgaben, die im Wesen des Staates liegen. Es besteht eine Verpflichtung des Staates, unter bestimmten Voraussetzungen und unter Einhaltung bestimmter Grenzen im Interesse des einzelnen tätig zu werden. Die Gewalt des Staates, einzelnen Untertanen gegenüber einzuschreiten und anderen zu ihrem Rechte verhelfen, ist aber das ursprünglich gegebene, das der einzelne nun erst wieder in Tätigkeit zu versetzen vermag. Nicht dagegen ist ein Verwirklichungsrecht des einzelnen als primär zu betrachten, dessen Durchführung der Staat auf sich genommen hätte. Das Vollstreckungsrecht besteht für den Gläubiger nur in Gestalt eines gegen die staatlichen Behörden gerichteten Anspruchs, nicht aber als eine von vornherein in der Hand von Untertanen liegende öffentliche Gewalt, die nun bloß unter Mitwirkung staatlicher Organe ausgeübt werden kann.[4])

Da wir einen Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner zurückweisen, so kommen wir auch dazu, eine Vertretung des betreibenden Gläubigers durch den Richter abzulehnen.[5])

[1]) Engelmann Seite 450.

[2]) So Dernburg Seite 839.

[3]) Dies behauptet Pagenstecher, § 55: Vollstreckungsrecht — publizistisches Besitzrecht.

[4]) So auch Hellwig „Rechtskraft" S. 6; Lb. S. 108 Anm. 23; Mayer S. 112; Reinhard zu §§ 44 I 3.

[5]) A. M. Schwalb und auch Pagenstecher in Anm. 814: nach ihnen Richter Organ des betreibenden Gläubigers.

Bei der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen nimmt zwar die herrschende Meinung das Vorliegen einer Vertretung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher an.[1] Wie diese Frage zu entscheiden ist, bleibe dahingestellt. Wir wollen nur darauf hinweisen, daß trotz der Ähnlichkeit beider Fragen bei der Entscheidung für eine Vertretung im Falle der Mobiliarzwangsversteigerung dennoch eine Ablehnung derselben bei der Immobiliarzwangsversteigerung möglich ist, ohne inkonsequent zu werden. Denn erstens ist es etwas anderes, ob das die Versteigerung herbeiführende Organ das Gericht oder der doch als besonderes Hilfsorgan im Interesse der Parteien geschaffene Gerichtsvollzieher ist. Sodann aber ist, wie schon oben erwähnt, ein Pfandrecht an beweglichen Sachen von vornherein mit einem Verkaufsrecht ausgestattet. Jedenfalls ist es nicht möglich, was für die Mobiliarzwangsversteigerung zutrifft, ohne weiteres für die Immobiliarzwangsversteigerung als richtig anzunehmen.

Da wir die Vertretung des betreibenden Gläubigers durch den Richter abgelehnt haben, so kommen wir auch dazu, eine Vertretung der Gesamtheit der Gläubiger, sowie der Gesamtheit der am Verfahren Beteiligten abzulehnen. Denn beiden Personengruppen gehört der betreibende Gläubiger an. Ein Vertreter der beiden Personengruppen aber müßte, da diese keine Einheit bilden, befähigt sein, die einzelnen Glieder zu vertreten. Da dies in unserem Falle nicht zutrifft, so müssen wir schon aus diesem Grunde für die Gesamtheit der Gläubiger, sowie die Gesamtheit der am Verfahren Beteiligten die Vertretungsmöglichkeit zurückweisen.

Nunmehr bleibt noch die Prüfung der Frage übrig; kann der Richter als Vertreter des Schuldners angesehen werden? Daß der Richter nicht den Weisungen der Partei zu folgen verpflichtet ist, spricht nicht unbedingt gegen die Auffassung einer Vertretung. Denn wenn wir uns für das Vorliegen einer solchen entscheiden, werden wir nicht eine auf Vertrag, sondern eine auf Gesetz beruhende annehmen. Auch, daß der Richter zwischen den Interessen aller am Verfahren Beteiligten ausgleichen soll, spricht nicht dagegen. Denn daß durch diese öffentliche

[1] So Petersen zu 814 Anm. 1; Gaupstein, Seuffert 814 Anm. 2; a. Mng. Weismann S. 80/81, 136; Engelmann 425; Wach 318; Hellwig.

Aufgabe die Vertretungsmöglichkeit an sich nicht berührt wird, dafür haben wir uns erst oben entschieden. Es ist ferner nicht möglich, gegen die Ansicht anzuführen, daß durch den Zuschlag der Richter über Dinge verfügt, über die dem Schuldner gemäß § 23 ZVG. mit Wirksamkeit gegen den betreibenden Gläubiger zu verfügen verboten ist. Zwar ist es unzweifelhaft, daß der Subhastat zu den durch den Richter getroffenen Verfügungen nicht berechtigt ist. Wir erkennen auch durchaus an, daß dieses mangelnde Verfügungsrecht nicht mit mangelnder Verfügungsfähigkeit, z. B. eines Minderjährigen, zu verwechseln ist.[1] Dennoch müssen wir sagen, daß, da der Subhastat trotz der Beschlagnahme Eigentümer bleibt, durch die Verfügung des Richters sein Recht betroffen wird. Wir halten daher das in bestimmter Beziehung eingeschränkte Verfügungsrecht des Subhastaten der Annahme einer Vertretung nicht entgegenstehend.[2] Wir sehen, daß die soeben angeführten Momente die von uns zu prüfende Ansicht nicht ausschließen; immerhin aber zeigen sie, daß sich die gegebenen Tatsachen der Ansicht nicht so ohne weiteres anpassen, sondern daß es eine recht künstliche Konstruktion ist, mit der wir zu ihr gelangen.

Die Hauptargumente nun, die für die angegebene Auffassung angeführt werden, sind die, daß das Eigentum durch einen Rechtsakt auf den Ersteher übertragen werde, eine Art der Übertragung, die durch einen Dritten, ohne daß er Vertreter sei, nicht vorgenommen werden könne.[3] Ein weiteres Argument ist das von Rothenberg angeführte, daß die Forderung an den Ersteher dem Subhastaten zustehe. Dem zuerst angeführten, von Schulz vertretenen Grunde gegenüber ist zu sagen, daß man allerdings nicht wird behaupten können, daß mit der Beschlagnahme dem Subhastaten das Eigentum genommen wird, das durch den später erfolgenden Zuschlag der Ersteher erhält. Durch die Beschlagnahme wird gewiß nur die Verfügungsbefugnis des Subhastaten dem betreibenden Gläubiger gegenüber beschränkt. Es ist zwar zweifellos, daß, wie Kretzschmar im Sächs. Archiv Band 98 Seite 145 sagt, der Schuldner in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Grundstücks für

[1] Darauf weist besonders Hellwig S. 108 Anm. 24 hin.

[2] So auch Dernburg, A. T. 530/1: Fälle einer Vertretung kraft Gesetzes bei mangelndem Verfügungsrecht des Vertretenen.

[3] So Schulz Seite 25.

den Lauf des Verfahrens ganz zurücktritt. Aber darum von einer Loslösung des Eigentums zu reden, wäre doch zu weitgehend. Denn würden wir von einer gänzlichen Loslösung reden, so würden wir uns dadurch in Widerspruch mit dem Gesetz setzen, das ausdrücklich nur, soweit es eben das Interesse der Zwangsversteigerung erfordert, die Verfügungsbefugnis des Subhastaten beschränkt. Von einer teilweisen Loslösung des Eigentums zu reden, würde andererseits die unannehmbare Voraussetzung eines geteilten Eigentums haben. Daß der Richter mit dem Zuschlag über fremdes Eigentum verfügt, wollen wir daher auch garnicht bestreiten. Wir sehen aber keine Unmöglichkeit, einen publizistischen Akt anzunehmen, durch den eben abweichend von den privatrechtlichen Eigentumsübertragungsmöglichkeiten das Eigentum durch einen Dritten von einer Person auf eine andere übertragen wird, ohne daß dieser Dritte eine Vertreterstellung hat.

Wenn durch die Beschlagnahme dem Schuldner das Eigentum überhaupt entzogen würde, so müßte natürlich die Annahme eines privaten Geschäfts fortfallen, da der Schuldner ja doch bei einem Verkauf des Grundstücks nicht Partei sein könnte. (So auch Schulz.) Daß dem Schuldner das Eigentum verbleibt, spricht in keiner Weise gegen die Annahme der Zwangsversteigerung als eines publizistischen Aktes. Wir können daher in dem von Schulz angeführten Momente nur ein solches erblicken, das die Annahme einer Vertretung nicht gerade ausschließt.

Es soll nunmehr das von Rothenberg angeführte Moment auf seine Bedeutung geprüft werden. Er behauptet, daß der Subhastat forderungsberechtigt gegen den Ersteher ist, sowie, daß das geleistete Geld in sein Eigentum fällt. Diesem Umstand will er als Beweis dafür, daß ein privates Rechtsgeschäft vorliege, verwenden. Aber auch dies ist kein Beweis dafür, sondern wir sehen, daß auch zahlreiche Anhänger der Auffassung der Tätigkeit des Richters als einer rein publizistischen die Richtigkeit der Behauptung, daß der Subhastat forderungsberechtigt ist, anerkennen.[1] Sie finden den Grund des Übergangs in einer dinglichen Surrogation. Der Erlös tritt an die Stelle des Grundstücks. Jaeckel nennt die „Auffassung des Gesetzes, daß der Schuldner forderungsberechtigt ist", eine „mehr theoretische Konstruktion".

[1] So Fischer-Schäfer zu § 118 Anm. 1; Jaekel, Anm. 4 zu § 118 I 2.

Und auch Dernburg[1]) spricht von einer Fiktion des Gesetzes, von einer Konstruktion, die nicht zu verallgemeinern sei. Jedenfalls ist es nicht notwendig, daß die so „entstandene Forderung“ nun gleich zu der Auffassung zwingen soll, daß sie auf einem Rechtsgeschäft beruhe.

Vor allen Dingen kommt aber hinzu, daß nach unserer Auffassung überhaupt keine Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher vorhanden ist, ja, daß vom Gesetz gerade dieser Standpunkt vertreten wird. Wir stimmen darüber überein mit der von Kretzschmar im Sächs. Arch. (Band 98 Seite 145, 119) vertretenen Auffassung. Wenn Rothenberg behauptet, daß der Subhastat gegen den Ersteher forderungsberechtigt ist, so stützt er sich dabei auf § 118 ZVG., in dem bestimmt wird, daß der Teilungsplan durch Übertragung der Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten ausgeführt wird. Hieraus folgert er, daß vorher schon jemand forderungsberechtigt gewesen sein muß, und niemand erscheint ihm dazu geeigneter als der Subhastat. Aber § 118 scheint darauf hinzuweisen, daß der Schuldner nicht forderungsberechtigt sein kann. Denn wie kann jemandem eine Forderung übertragen werden, die er bereits hat, und zu denjenigen, denen die Forderung übertragen werden kann, gehört doch auch der Schuldner. Daß mit der Übertragung auf den Schuldner die bloße Befreiung von der Verfügungsbeschränkung gemeint sein kann, ist doch nicht anzunehmen.

Wir stellen uns nun auf den Standpunkt, daß vor der sog. Übertragung überhaupt keine Forderung, sondern nur eine auf das Gesetz gegründete, öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Zahlung des Gebotes besteht. Diese öffentliche Verpflichtung wandelt sich in einen privatrechtlichen Anspruch erst durch den Akt des Richters um. In dieser Auffassung brauchen wir uns nicht beeinträchtigen zu lassen durch die gegenteilige Anschauung der Motive, sowie den im Gesetz gebrauchten Ausdruck „übertragen“. Denn, wie Schulz selber sagt, in Anlehnung an Riedinger „Der Besitz an gepfändeten Sachen“, bei Beantwortung konstruktiver Fragen ist „nicht einmal der Wortlaut des Gesetzes entscheidend, noch weniger die Absicht des Gesetzgebers, vollends gleichgültig aber die Absicht der Regierung, der Kommission, des Verfassers der Motive“. Diesem Gedanken wird man nur beistimmen können. Es

[1]) S. 840, 844.

ergibt sich daraus für uns die Folge, daß wir an den Ausdruck „übertragen" uns nicht zu klammern brauchen, sowie auch ohne Bedenken uns in Gegensatz zu den Motiven stellen dürfen. Die Auffassung, daß mit dem Zuschlag überhaupt noch keine Forderung entsteht, scheint mir daher unbedenklich, zumal auch Rothenberg genötigt ist, da auch der Schuldner ein Anrecht am Erlöse haben kann, die „Übertragung der Forderung" in verschiedenem Sinne zu deuten.

Wir glauben hiermit erwiesen zu haben, daß die von den Anhängern der Vertretertheorie angeführten Momente nicht geeignet sind, von deren Notwendigkeit zu überzeugen, sondern daß sie sich ebenso gut mit der Auffassung einer rein publizistischen Tätigkeit des Richters vereinbaren lassen. Im Folgenden sollen nun noch im Besonderen die Momente zusammengestellt werden, welche der Annahme der Vertretung des Schuldners durch den Richter entgegenstehen.

Im Falle einer solchen Annahme würden wir unter Umständen genötigt sein, ebendieselbe Person als vertragsschließenden Teil und als Vertragsgegner zu erblicken, da auch der Schuldner zum Bieten berechtigt ist und demgemäß auch den Zuschlag erhalten kann. Es ist nun zwar im § 181 BGB. in gewissen Fällen, vor allen Dingen, soweit ein solches besonders bestimmt ist, ein Kontrahieren mit sich selbst gestattet. Die Voraussetzung von § 181 ist doch aber, daß in der Person, die mit sich kontrahiert, noch eine andere verkörpert ist, sodaß der durch den Willen einer Person zustande gekommene Vertrag dennoch zwei Parteien aufweist.[1]) Ein Vertrag dagegen, der auf dem Parteiwillen einer und derselben Person beruht, ist ein Ding der Unmöglichkeit. Bei der Auffassung einer Vertretung des Schuldners durch den Richter müßten wir daher den Fall, daß der Schuldner Ersteher ist, ausnehmen und hier eine besondere Konstruktion anwenden. Dies ist die erste Schwierigkeit, die der Annahme privatrechtlicher Beziehungen entgegensteht. Ferner ist denjenigen, die Grundsätze des Privatrechts anwenden wollen, entgegenzuhalten, daß das Zwangsversteigerungsgesetz öffentliches Recht enthält, und daß deshalb auf die in ihm geregelten Rechtsinstitute, wenn sie auch eine gewisse Ähnlichkeit mit solchen des Privatrechts zeigen sollten,

[1]) Dies verkennt Schwalb.

nicht ohne besonderen Grund Normen des Privatrechts angewendet werden können.

Dieser besondere Grund fehlt aber. Ja, es tritt nach meinem Empfinden allenthalben bei der Regelung des Instituts der Immobiliarzwangsversteigerung in zahlreichen Abweichungen von der Art privatrechtlicher Verträge der publizistische Charakter hervor. Es ist nicht so, wie Wolff sagt, daß die Bestimmungen, wenn auch zum Teil modifiziert, wiederkehren. Die Modifikationen sind eben derart, daß von den dem Kauf eigenen Bestimmungen nicht mehr viel zu erkennen ist. Und zwar sind die besonderen hier getroffenen Bestimmungen nicht nur derart, daß sie die Annahme gerade eines Kaufes verhindern, sondern, daß sie vielmehr, als im öffentlichen Interesse erfolgt, erscheinen. Sie passen also überhaupt nicht in den Rahmen eines privaten Geschäfts hinein, während sie den öffentlichen Interessen der Zwangsversteigerung durchaus gerecht werden. Dies zu erweisen ist unsere Aufgabe im Folgenden.

Es handelt sich zunächst darum, einige Einwände, die allerdings mehr äußerlicher Natur sind, zurückzuweisen. So wird von Wolff auf §§ 456 u. 512 BGB. hingewiesen, wo von einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung die Rede ist. Er bezieht sich ferner auf § 1821 Ziff. 4 BGB., wonach zu einem Vertrage, der auf entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist, der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, eine Erfordernis, das auf Grund dieses Paragraphen ohne von den Vertretern der andern Theorie bestritten zu werden, auch für die Abgabe von Geboten in der Zwangsversteigerung verlangt werde.

Dem im Bürgerlichen Gesetzbuch sich findenden Ausdruck „Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung" kann keine Bedeutung irgend welcher Art beigelegt werden. Er kann uns nur beweisen, daß hier das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „Verkauf" in einem weiteren Sinne, als dem eines privatrechtlichen Kaufvertrages gebraucht.[1]) Aber selbst, wer der Ansicht ist, daß hiermit Verkauf im technischen Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches gemeint ist, könnte eine Erklärung darin finden, daß es vielleicht möglich ist, von einem Verkauf von Mobilien im Wege der Zwangsvollstreckung zu reden, der sich im § 456 und 512 BGB.

[1]) So auch Fischer-Schäfer S. 29 u. a. m.

findende Ausdruck aber auch bloß auf die Veräußerung dieser bezogen zu werden braucht. Vor allen Dingen aber kann man diesem Argument mit Erfolg entgegensetzen, daß auch im Zwangsversteigerungsgesetz nirgends von Kauf die Rede ist, ja, daß dieser Ausdruck und mit ihm zusammenhängende (Verkäufer, Kaufpreis) offenbar absichtlich vermieden sind.

Daß das Erfordernis, das § 1821 Ziff. 4 für den vertraglichen, entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks aufstellt, nach unbestrittener Ansicht auch für den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung verlangt wird, beweist noch lange nicht, daß dieser Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung ein Vertrag ist. Es beweist uns vielmehr nur, daß die herrschende Meinung sich für berechtigt hält, die für den vertraglichen Erwerb gegebene Regelung des § 1821 Ziff. 4, auch auf den Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung auszudehnen. Und dies mit gutem Grunde, da die ratio des Gesetzes sicherlich nicht gerade auf den vertraglichen Erwerb abgestellt ist, sondern vielmehr darauf abzielt, das Interesse des Mündels für den Fall des entgeltlichen Erwerbs von Grundstücken zu schützen.

Es folgt nunmehr unsere Hauptaufgabe, die vom Kauf abweichenden Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes unter die kritische Lupe zu nehmen und an ihrer Hand nachzuweisen, daß sie keiner der vorhandenen Vertragsformen des Bürgerlichen Gesetzbuches sich anpassen, ja, daß sie mit dem Wesen eines privatrechtlichen Vertrages nicht in Einklang zu bringen sind.

Während z. B. bei der Versteigerung von Mobilien zum Eigentumsübergang Übertragung des Besitzes erforderlich ist, also den Vorschriften des Privatrechts entsprechende Bestimmungen gelten, geht bei der Zwangsversteigerung von Immobilien das Eigentum unmittelbar mit dem Zuschlag über. Es ist also mit dem Vertrage gleichzeitig eine dingliche Wirkung verbunden, während doch der Kauf, wie überhaupt die kausalen Geschäfte des Bürgerlichen Gesetzbuches nur obligatorische Wirkung erzeugen. Im Gegensatz zu dem auf einem Vertrag begründeten Erwerb ist weiterhin hier der Erwerb originär. Er erfolgt also ohne Rücksicht auf die im Privatrecht so bedeutsame bona fides. Daß der Erwerb originär ist, wird bestimmt in § 37 Ziff. 5 des Gesetzes,[1] aus dem

[1] So Fromm Seite 74.

das Erlöschen der Recht Dritter, die ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht haben, insbesondere also auch des Eigentümers hervorgeht. Es geht ferner auch aus § 93 Abs. II des Gesetzes hervor,[1]) der bestimmt, daß der Ersteher zum Ersatz von Verwendungen, die vor dem Zuschlag gemacht sind, nicht verpflichtet ist. Dieser Standpunkt wird auch in der gesamten Literatur sowie in konstanter Judikatur des Reichsgerichts[2]) vertreten. In der in J. W. 07 S. 152 Nr. 37 angeführten Entscheidung hat es sich sogar in einem Falle dafür entschieden, wo der bis zum Zuschlage wider besseres Wissen fälschlich als Eigentümer eingetragene Subhastat das Grundstück erstanden hat.

Als weitere Abweichung ist noch anzuführen, daß der Ersteher gegen niemand einen Anspruch auf Gewährleistung hat. Zum Schluß soll noch hervorgehoben werden, daß das Institut der Zwangsversteigerung im Gesetz vollkommen erschöpfend behandelt ist. Sollen einzelne Sätze des Verkaufs zur Anwendung kommen, so ist dies erst ausdrücklich bestimmt. Die angeführten Abweichungen sind daher recht erhebliche, sodaß das Bild des „Kaufvertrages", das uns das Zwangsversteigerungsgesetz gibt, doch ein ganz und gar von dem Kaufvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches abweichendes ist. Fassen wir nun den gemeinsamen Gedanken dieser Abweichungen von den Sätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches heraus, so ergibt sich, wie Rothenberg einmal sagt: „Der Gesetzgeber will den Schuldner und die übrigen Beteiligten gegen die Anfechtung der öffentlichen unter staatlicher Autorität erfolgten Versteigerung und Verteilung des Erlöses schützen, indem er bei dem Ersteher ein erhöhtes Maß von Sorgfalt bei Prüfung der Beschaffenheit des versteigerten Grundstücks voraussetzt." Da ist ja aber gerade das Wesen der öffentlich rechtlichen Akte. Ihr Bestand soll in jedem Falle gesichert werden. Darum wird es auch vermieden, den Eigentumserwerb und die Forderung auf den Erlös in irgendwelche rechtlichen Beziehungen treten zu lassen. Nur ein endgültiges Resultat liegt im öffentlichen Interesse, und um zu einem solchen zu gelangen, muß auch der Einzelne zurücktreten.

---

[1]) So Samter Seite 30.

[2]) **45** 284; **57** 200; i. JW. 07 152 Nr. 37; Seuffert Arch. **55** 131.

Die Abweichungen bei der Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung sind daher nicht nur derart, daß sie den typischen Charakter des Kaufs schwinden lassen, sondern es offenbart sich in ihnen auch deutlich die Tendenz, die Veräußerung im Sinne des öffentlichen Rechts zu regeln. Wir weisen daher in unserem Falle die Möglichkeit zurück, trotz Betrachtung des Zuschlages als eines publizistischen Aktes dadurch, daß man ihn vom Richter als Vertreter einer Partei ergangen betrachtet, auf die Zwangsversteigerung Sätze des Privatrechts anzuwenden. Es ist dies unmöglich, weil einmal die Vertreterstellung nicht vorzuliegen scheint, sodann aber vornehmlich deshalb, weil die Veräußerung ganz offensichtlich von öffentlich rechtlichen Interessen getragen ist.

Wie wir schon oben gesagt haben, besteht nunmehr noch die Möglichkeit, zur Anwendung von privatrechtlichen Normen zu gelangen, wenn man von einem Vertrage redet, bei dem der Wille der Parteien zwangsweise (eben durch den Zuschlag) ersetzt ist. Diese Annahme ist aus den schon eben erwähnten Gründen, daß der ganze Vertrag als im Dienste des öffentlichen Rechts stehend zu denken ist, abzulehnen. Sie würde aber auch an der Unmöglichkeit scheitern, den Willen einer Partei in einem Vertrage zwangsweise ersetzt zu denken, ohne daß man, was wir soeben abgelehnt haben, eine Stellvertretung annimmt.

Es ergibt sich also, daß die Zwangsversteigerung lediglich eine öffentliche rechtliche Form des Eigentumserwerbes ist. Und zwar wird das Eigentum erworben durch den Zuschlag, einen rein publizistischen Akt des Richters. Die von uns vertretene Ansicht ist auch die herrschende.[1]) Wohl aber gibt es eine ganze Reihe, die trotzdem sich für berechtigt halten, die Sätze des Privatrechts analog anzuwenden. Die Analogie setzt zunächst einmal voraus, daß eine Lücke im Gesetz vorhanden ist. Ob eine solche besteht, mag dahingestellt bleiben. Die Analogie setzt aber ferner auch Gleichheit des Grundes voraus. Daß man in unserem Falle von Gleichheit des Grundes reden kann, erscheint mir unmöglich. Rechtsinstitute des öffentlichen Rechts und des privaten

[1]) Dageg. nur Wolff Anm. 1 zu § 90; Günther S. 104 zu § 90; Schöller S. 23,25; Schulz sowie Riehl, der sogar im Gerichtsvollzieher einen Stellvertreter des Schuldners sieht. Gegen die Anschauung eines Vertrages noch besonders zu bemerken: Kohler i. Grünhut Z. 33 571; Achilles.

Rechts sind von prinzipieller Verschiedenheit. Besonders aber in unserem Falle kann man nicht von Gleichheit des Rechtsgrundes reden, wenn so scharf die publizistischen Momente und die demgemäß notwendig unterschiedliche Behandlung der beiden Institute betont ist. Wir weisen demgemäß auch den besonders von Fischer-Schäfer und Fromm gewiesenen Weg, zur Anwendung von privatrechtlichen Sätzen zu kommen, zurück. Wir entscheiden uns dahin, daß es unmöglich ist, in dem Zuschlag eine von einer Bedingung abhängige Verfügung zu erblicken,[1]) oder ihn auch nur wie eine solche zu behandeln.[1]) Wir stellen uns vielmehr auf den Standpunkt, daß der mit dem Zuschlag erfolgende Eigentumsübergang von einer gesetzlichen Voraussetzung, nämlich der in § 90 festgelegten abhängig ist. Da wir jedoch in dem Zuschlag einen rein publizistischen Akt erkennen, so stellen wir weiterhin fest, daß, um den Einfluß der gesetzlichen Voraussetzung zu bestimmen, auch diese rein publizistische Natur des Zuschlags zu berücksichtigen ist.

[1]) So Fischer-Schäfer Anm. 1 zu § 57; Fromm S. 76; Steiner Anm. 6 zu § 90; Wolff Anm. 5 zu § 57; Günther zu § 90. Die genannten Schriftsteller betrachten die Aufhebung des Zuschlagbeschlusses als eine Resolutivbedingung, die im Sinne der Parteien zurückwirken soll. Da jedoch das BGB. gemäß § 161 eine dingliche Wirkung der Bedingung nur bezüglich der Verfügungen des unter der Bedingung Berechtigten kennt, die eine das Eigentum beeinträchtigende Wirkung ausüben, so kommen sie zu dem Ergebnis, daß die Aufhebung des Zuschlags in dem Verhältnis zwischen Ersteher und Mieter nur insoweit dinglich wirkt, als Verfügungen des Erstehers denen eine das Eigentum des Subhastaten beeinträchtigende Wirkung innewohnt, dinglich unwirksam werden. Im übrigen können durch die Aufhebung lediglich obligatorische Beziehungen zwischen Ersteher und Subhastat geschaffen werden.

II.

Nachdem wir uns dahin entschieden haben, daß der Zuschlag ein publizistischer Akt ist, und nur Sätze des öffentlichen Rechts angewendet werden dürfen, um die Bedeutung der Voraussetzung, unter welcher der Eigentumsübergang auf Grund des Zuschlagbeschlusses erfolgt, zu erklären, wollen wir nunmehr untersuchen, zu welchem Ergebnis wir bei der Frage nach dem Einfluß der Aufhebung des Zuschlagbeschlusses auf das Mietverhältnis auf Grund der von uns vertretenen Anschauung kommen. Wir befinden uns dabei auf einem Wege, der in der Literatur noch von Eccius, Jaeckel und Reinhardt, vielleicht auch von der Pfordten, beschritten wird.

Es soll noch einmal gesagt werden, durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer, sofern nicht im Beschwerdewege der Beschluß rechtskräftig aufgehoben wird. Nehmen wir einmal an, daß diese Aufhebung erfolgt ist. Als unstreitig ergibt sich daraus, daß mit diesem Zeitpunkte der Subhastat Eigentümer ist.[1] Zwei Fragen sind es, die sich nunmehr vor uns aufbauen. Wer ist der Eigentümer bis zur rechtskräftigen Aufhebung des Beschlusses gewesen, und in welchem Verhältnis stehen Eigentümer vor und Eigentümer nach Aufhebung des Beschlusses zu einander?

Als Eigentümer bis zur Aufhebung des Beschlusses kommen sowohl der Ersteher als auch der Subhastat in Betracht. Ziehen wir zunächst einmal ein Eigentum des Subhastaten in Erwägung, so haben wir zwei Möglichkeiten zu seiner Erklärung. Wir können einmal sagen: das Eigentum geht auf den Ersteher erst über, wenn die Voraussetzung,

[1] Dies gilt auch, falls mit der Entscheidung über die Beschwerde gleichzeitig einem zweitem Ersteher der Zuschlag erteilt wird, da die Wirkungen dieses Beschlusses und mithin auch der Eigentumsübergang auf den zweiten Ersteher doch erst mit der Zustellung an diesen eintreten (§ 104 ZVG.).

daß es nicht mit Erfolg angefochten werde, erfüllt ist. Bis dahin also, d. h. bis die erlangte Rechtskraft die Aufhebung im Wege der Beschwerde unmöglich macht, bleibt der Subhastat Eigentümer. Es ist aber auch möglich, daß, wer mit dem Zuschlag Eigentümer wird, sich zunächst noch nicht erkennen läßt. Es ist zwar schon jemand legitimiert, nämlich der Ersteher, wer aber in Wirklichkeit das Eigentum hat, kann sich erst offenbaren, wenn über die in § 90 gegebenen Voraussetzungen Klarheit erlangt ist. Die gegenwärtige Rechtslage ist in der Schwebe. Beiden Erklärungen gegenüber ist nun zu sagen, daß die Fassung des § 90, wie wir schon bei der Betrachtung der Entscheidung als einer von den Parteien gesetzten Bedingung festgestellt haben, das Eigentümerwerden sehr betont. Da auch der gleiche Gedanke in § 89 ZVG. zum Ausdruck kommt, können wir nicht von einer aufschiebenden gesetzlichen Bedingung reden. Gegen die Annahme eines Pendenzzustandes für die Zeit mit Eintritt des Zuschlags ist außerdem noch zu sagen, daß es unlogisch ist, das Bestehen einer gegenwärtigen, doch mit Notwendigkeit gewissen Tatsache von einem ungewissen erst später eintretenden Ereignis abhängig zu machen. Auch Hellwig erklärt in seinen „Grenzen der Rückwirkung" S. 10 ein Pendenzverhältnis in diesem Sinne als unserem Rechtsgefühl völlig fremdes. Da beide Möglichkeiten versagen, ein Eigentum des Schuldners anzunehmen, so müssen wir uns auf den nach unserer Meinung auch im Gesetz §§ 89/90 ZVG. vertretenen Standpunkt stellen, daß der Ersteher mit dem Zuschlag Eigentümer wird. Es fragt sich nunmehr, in welche Beziehungen wir das Eigentum des Erstehers mit dem späteren Eigentum des Subhastaten zu bringen haben. Denn, daß wir es mit zwei in keinerlei Beziehung zu einander stehenden Zuständen zu tun haben, darauf scheint unserer Ansicht nach wiederum, wie wir auch schon bei Betrachtung der Einschränkung des § 90 als durch die Parteien hinzugesetzten Bedingung erklärt haben, die Fassung dieses Paragraphen hinzuweisen. § 90 besagt also für uns, daß in jedem Falle mit dem Zuschlag der Ersteher Eigentümer wird. Sofern dagegen der Beschluß rechtskräftig aufgehoben wird, ist er es nicht geworden. Diese Erklärung des § 90 enthält natürlich genau genommen einen Widerspruch, da keine gesetzliche Bestimmung bewirken kann, daß eine Tatsache, die vorhanden war, nicht vorhanden gewesen ist. Die an sich mögliche Erklärung dieses Widerspruchs mit Hülfe der Annahme eines Pendenzzustandes haben wir oben

zurückgewiesen. Es bleibt daher für uns nur übrig, die im Gesetz vorgeschriebene Rückwirkung der Aufhebung des Beschlusses als eine Fiktion zu erklären. Die Aufhebung des Beschlusses berührt zwar den früheren Bestand des Eigentums nicht, wohl aber wird es inbezug auf die ihr vorangehende Zeit so gehalten, als ob der Subhastat das Eigentum nie verloren hätte. Daß die vorangegangene Rechtslage in Wirklichkeit eine andere gewesen ist, erkennen wir also durchaus an. Wir werden aber vielleicht auch in gewisser Weise darauf Rücksicht nehmen müssen. Denn auf der alten Rechtslage bauen sich neue Rechtsverhältnisse auf. Daß nun für uns überhaupt die Möglichkeit besteht, die Wirkungen der Aufhebung des Zuschlags zu begrenzen, hat seinen Grund darin, daß wir die Aufhebung des Zuschlags gemäß § 90 als rückwirkend, d. h. für uns einen anderen Tatbestand fingierend und nicht als einen schon bestehenden Tatbestand aufdeckend betrachten. Da es sich für uns darum handelt, aus der Natur der in § 90 gesetzten Einschränkung weitere Bestimmungen abzuleiten, ist es von wesentlicher Bedeutung, erst einmal festgestellt zu haben, daß § 90 eine Rückwirkung konstituiert, in deren Wesen es eben immer liegt, daß sie begrenzbar ist.

Wir haben also in Auslegung des § 90 zu sagen, daß mit dem Zuschlag das Eigentum auf den Ersteher übergeht. Die Wirksamkeit dieses Eigentumsüberganges ist jedoch von der gesetzlichen Voraussetzung abhängig, daß der Zuschlagsbeschluß nicht rechtskräftig im Beschwerdeweg aufgehoben wird. Die erfolgte Aufhebung hat die Wirkung, daß das Eigentum an den Subhastaten zurückfällt, sowie ferner, daß die der Aufhebung des Beschlusses vorangehende Rechtslage so betrachtet wird, als wäre der Subhastat immer Eigentümer geblieben. Es ist nunmehr für uns zu prüfen, wo die Grenzen bei dieser Betrachtung liegen. Würden wir annehmen, daß Grenzen in dieser Beziehung überhaupt nicht zu ziehen sind, so würden wir damit die Fiktion, daß der neu entstandene Rechtbestand von vornherein vorgelegen hat, unbedingt durchführen, und daher praktisch das gleiche Ergebnis erreichen, wie wenn wir das Bestehen eines Schwebezustandes annehmen.

Es nimmt nun z. B. Reinhard[1]) an, daß ein prinzipieller Unterschied bestände zwischen den durch den Zuschlag herbeigeführten Rechts-

[1]) Anm. IV 4 zu § 57; Anm. III zu § 89.

änderungen, sowie den Rechtsänderungen, die durch Verfügungen des Erstehers in der Zwischenzeit entstanden sind. Zu diesen Verfügungen sei der Ersteher berechtigt, wie sich aus der Wirksamkeit des Zuschlags, die mit der Verkündung eintrete, ergebe. Wenn sie trotzdem wie Verfügungen eines nicht Berechtigten behandelt werden sollten, so müsse das vom Gesetz erst ausdrücklich vorgeschrieben werden. Aus diesem Grunde eine verschiedene Behandlung von Verfügung und Eigentumsrecht eintreten zu lassen, erscheint mir gänzlich unmöglich. Schon zu Beginn (Seite 4—5) haben wir nachgewiesen, daß die Verfügungsrechte des Erstehers auf Grund der Sukzession in das Mietverhältnis nicht als selbständige Rechte behandelt werden können, sondern daß inbezug auf ihren Bestand eine Regelung besonderer Art oder gleicher Art nicht erfolgt ist, auch nicht hat erfolgen brauchen, da sie in dem Eigentum, über das Regeln getroffen sind, ihre Wurzeln haben. Nur insoweit werden die Verfügungen getroffen, als ihr Bestand mit dem Eigentumsstand sich nicht vereinbaren läßt. Es ist also auch lediglich möglich, aus diesem Grunde sie als ungültig zu behandeln. Die Frage, die zu erörtern ist, geht also dahin: Ist es möglich, wenn die vorangegangene Rechtslage mit Aufhebung des Zuschlags so beurteilt werden soll, als ob der Ersteher nie Eigentümer geworden wäre, diese Beurteilung auch auf die Verfügungen die auf den alten Rechtsstand der nicht angezweifelt wird, zurückzuführen sind, auszudehnen? Aus § 90 läßt sich bloß die allgemeine Bestimmung herauslesen, daß die rechtskräftige Aufhebung zurückwirken soll. Besonderes ist nicht bestimmt. Die Entscheidung der Frage hängt also davon ab, ob das Wesen der Rückwirkung im Prinzip ein begrenztes ist oder ein unbegrenztes, und Grenzen nur dann zu ziehen sind, wenn dies ausdrücklich vorgeschrieben ist. Es mag hier zunächst einmal festgestellt werden, daß die mit Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses eintretende Rückwirkung eine ganz exceptionelle ist. Denn der Erwerber von Mobilien in der Zwangsvollstreckung z. B. bleibt Eigentümer, auch wenn die Vollstreckungsklausel als zu unrecht erteilt aufgehoben wird.[1] Aber wenn wir auch hier von vornherein feststellen müssen, daß der Umstand, daß überhaupt eine Rückwirkung gegenüber dem erteilten Zuschlag eintritt, schon eine Ausnahme ist, so wäre

[1]) So Hellwig, Grenzen d. Rückwirkung.

es doch möglich, diese Ausnahme, vielleicht sogar deshalb, weil sie eine Ausnahme ist, möglichst einschränkend zu interpretieren.

Für solche restriktive Interpretation tritt besonders Eccius ein,[1] indem er zwei Beispiele anführt, bei denen die Rückwirkung nicht auf die durch Verfügungen geschaffene Lage ausgedehnt wird. Dieselben Grenzen wie in den von ihm angegebenen Beispielen will er auch für den Fall der Kündigung des Erstehers der Rückwirkung setzen, da andernfalls, wie er sagt, „für das Rechtsleben unerträgliche Nachteile" gezeitigt würden. Die angeführten Fälle sind § 1959 III BGB., wonach die Gültigkeit der Verfügungen durch den Erben und gegenüber dem Erben in gewissem Umfange wenigstens durch die später erfolgende Ausschlagung der Erbschaft nicht berührt wird. Der andere Fall betrifft die Verfügungen des Konkursverwalters, wenn der Konkurs später aufgehoben wird. Hierzu ist erläuternd zu sagen, daß wir die Aufhebung des Konkursverfahrens gemäß § 190 KO. sowie die sog. Einstellung des Verfahrens gemäß § 202 KO. nicht in Betracht ziehen wollen, da es hier zum mindesten bestritten ist, ob die Aufhebung überhaupt zurückwirkt, oder ob sie nicht vielmehr nur die Rechtslage ex nunc ändert.[2] Ganz gewiß aber wirkt die Aufhebung des Konkurses zurück, wenn sie sich darstellt als Aufhebung des Konkurseröffnungsbeschlusses. In diesem Falle aber ist die Rückwirkung begrenzt, da § 116 KO. die entsprechende Anwendung von § 191 KO. vorschreibt, in dem die Berichtigung bezw. Sicherstellung der Massean sprüche vorgeschrieben ist.[3] Daß in den von Eccius angeführten Fällen die Rückwirkung sich nicht unbegrenzt auf die Dritten gegenüber getroffenen Verfügungen erstreckt, läßt sich also nicht bestreiten. Daß Billigkeitsmomente in den angeführten Fällen für die dort getroffene Regelung sprechen, wird man Eccius auch zugeben müssen. Ob auch bezüglich der durch den Ersteher dem Mieter gegenüber getroffenen Verfügungen Billigkeitsmomente für die gleiche Regelung sprechen, ist äußerst zweifelhaft und würde erst eingehender Prüfung bedürfen. Zudem, man gebe Eccius einmal Recht, daß Billigkeits-

[1] Gruchot, 44 782.

[2] Jäger, Erläut. 11 § 103 KO. hält auch hier Rückwirkung für vorliegend, a. M. Hellwig, i. Grenzen.

[3] So Hellwig, Grenzen, 43/44; Jäger Anm. 11 zu § 109.

momente für die gleiche Regelung sprechen: die beiden angeführten Fälle könnten uns doch nie veranlassen, für die Verfügungen des Erstehers die gleiche Regelung eintreten zu lassen. Denn Gleichheit des Grundes — um eine analoge Behandlung zu rechtfertigen — bestände doch auch nur insoweit, als beide Male Billigkeitsmomente vorhanden wären für die gleiche Behandlung. Dies aber würde doch zu einer analogen Behandlung nicht ausreichen.

Es dürfte überhaupt nun für uns schwierig sein, einzelne im Gesetz mit begrenzter Rückwirkung geregelte Fälle zu finden, die wir für uns analog anwenden können. Wenn wir daher zu einer Begrenzung der Rückwirkung kommen wollen, so könnte es nur auf dem von uns oben schon angegebenen Wege geschehen, wenn es uns nämlich gelänge, auf Grund der zahlreichen im Gesetz vorhandenen Fälle in denen einem Ereignis rückwirkende Kraft beigelegt ist, zu der Erkenntnis zu kommen, daß es im Wesen der Rückwirkung liegt, in bestimmter Beziehung begrenzt zu sein. Wenn wir einen solchen Satz aus den einzelnen Fällen, in denen eine Regelung getroffen ist, ableiten könnten, so würden wir ihn im Wege einer Rechtsanalogie auch auf die Rechtslage zwischen Mieter und Ersteher anwenden können. Bedingung wäre allerdings, daß die eine diesem Satze entsprechende Regelung in den einzelnen Fällen herbeiführenden Momente auch hier vorhanden sind, und vor allen Dingen auch nicht solche, die für eine ausnahmsweise andere Regelung sprechen. Daß im Gebiete des Privatrechts sich ein solcher Satz gewinnen läßt, kann man wohl nicht gut behaupten.

Wir finden zwar auch im Bürgerlichen Gesetzbuch zahlreiche Fälle, in denen die Rückwirkung begrenzt ist. Es mag nur auf den schon erwähnten Fall des § 1959 III verwiesen werden. Es mag ferner noch § 184 II betreffend die Verfügung des Genehmigenden über den Gegenstand des genehmigten Geschäfts angeführt werden. Aber dennoch rechtfertigen diese Fälle es meiner Ansicht nach nicht, aus ihnen eine prinzipielle Begrenzung der Rückwirkung herzuleiten. Man kann ihnen vielmehr zahlreiche Fälle gegenüberstellen, in denen von einer Begrenzung der Rückwirkung nicht die Rede ist, und eine solche auch allgemein nicht angenommen wird. Wer auf dem allerdings sehr bestrittenen Standpunkte steht, daß der Eintritt einer Bedingung gemäß § 161 zurückwirkt,

wird auch auf dem Standpunkt stehen müssen, daß die dort getroffene Rückwirkung unbegrenzt ist. (Denn daß sie sich nicht auf solche Verfügungen erstreckt, durch welche das bedingte Recht nicht beeinträchtigt wird, ist doch selbstverständlich). Aber auch jedes anfechtbare Rechtsgeschäft haben wir uns als unter der Voraussetzungbestehend, daß es nicht mit Erfolg angefochten werde, zu denken. Daß hier die Rückwirkung auf das an sich wirksame Geschäft eine unbegrenzte ist, wird wohl auch von niemanden bestritten.[1] Betrachten wir nun die Bestimmung des § 142, so ergibt sich, daß sie viel geeigneter ist, als die Bestimmungen in gegenteilig geregelten Fällen analog auf den der Anfechtung des Zuschlagsbeschlusses angewandt zu werden, sofern wir nämlich annehmen, daß ein privates Geschäft, dessen Wirkung von einer gesetzlichen Voraussetzung abhängig ist, vorliege. Die in unserem Falle wegen der lediglich „formellen Art des Zustandekommens des Kaufvertrages" gegebene Beschwerde ließe sich doch sehr gut in eine Parallele mit der Anfechtung setzen. Würden wir also in der Zwangsversteigerung ein privatrechtlichen Sätzen unterliegendes Rechtsgeschäft, das von gesetzlichen Voraussetzungen, auf die aber nicht die Vorschriften über Bedingungen angewendet werden sollen, abhängig ist, annehmen, so würden wir zur Ablehnung einer Begrenzung der Rückwirkung kommen. Denn die Fälle des Privatrechts, in denen die Rückwirkung eine begrenzte ist, sind nur als Ausnahmefälle zu betrachten. Sie lassen sich aber auch in keinerlei Beziehung zur Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses setzen, der vielmehr gemeinsames mit einem im Sinne unbegrenzter Rückwirkunggeregelten Falle hat.

Da wir aber im Zuschlag einen rein publizistischen Akt erblicken, so ist für uns auch nur von Bedeutung, und auch von ausreichender Bedeutung, ob mit Rücksicht auf das öffentliche Recht auf den Bestand der Rechtslagen, die sich auf einen öffentlich rechtlichen Akt gründen, eine Begrenzung der Rückwirkung, wenn auch vielleicht nur in Einzelbestimmungen, doch derartig allgemein zum Ausdruck kommt, daß wir für die durch publizistische Akte irgend welcher Art geschaffene Rechtslage einen derartigen Satz allgemein aufstellen können.

Die Aufstellung eines solchen Satzes und seine Begründung durch eine Fülle von Beispielen ist das Bestreben von Hellwig in seiner

[1] So auch Staudinger zu § 142.

Schrift „Grenzen der Rückwirkung". Es läßt sich nicht leugnen, daß für die durch öffentlich rechtliche Akte geschaffenen Rechtslagen das Bedürfnis nach einem solchen allgemeinen Satze in weit stärkerem Maße besteht, als für die auf das private Recht sich gründenden Rechtslagen. Es liegt gewiß im öffentlichen Interesse, daß Akte des Staates das auf ihre Gültigkeit gesetzte Vertrauen rechtfertigen. Und wenn eben sich ihr Bestand nicht aufrecht erhalten läßt, so hat der Staat wenigstens daran ein Interesse, daß diejenigen, die auf die Unumstößlichkeit des Aktes sich verlassen haben, durch dieses Vertrauen nicht geschädigt werden. Die Rechtssicherheit, für die zu sorgen oberste Aufgabe des Staates ist, erfordert eine Regelung in diesem Sinne.

Demgemäß erscheint es uns durchaus zweckmäßig, wenn dieser Gedanke nicht nur in zahlreichen einzelnen Bestimmungen uns entgegentritt, sondern, wenn er auch generell im § 32 FGG. ausgesprochen ist. Zwar dürfen wir uns nicht verleiten lassen, diese Bestimmung des freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetzes für die uns vorliegende Frage unmittelbar zu verwenden. Eine direkte Anwendung von Bestimmungen dieses Gesetzes auf andere prozeßuale Akte verbietet sich natürlich von selbst. Aber ebenso unzweifelhaft ist es, daß auch eine analoge Anwendung an den wesentlichen Unterschieden zwischen dem Verfahren im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der streitigen Gerichtsbarkeit scheitern würde. Vielmehr könnte auch die Bestimmung des § 32 FGG. nur ebenso wie die anderen einzelnen Fälle zur Konstruktion der Rechtsanalogie Dienste leisten. An einzelnen Bestimmungen seien noch weiter erwähnt die schon hervorgehobene Aufhebung des Konkurseröffnungsbeschlusses, sowie § 1348 BGB.

Daß die Konstruktion eines solchen Satzes ein wirkliches Bedürfnis zur befriedigenden Lösung einiger ohne besondere Bestimmung gelassener Fälle ist, unterliegt keinem Zweifel. Zwei von Hellwig angeführte Fälle, an denen er die Notwendigkeit der Begrenzung der Rückwirkung bei der Aufhebung[1]) eines Urteils im Wiederaufnahmeverfahren nachweist, mögen zum Beweise dessen herausgegriffen werden.

Der erste Fall betrifft die Aufhebung eines Urteils im Wiederaufnahmeverfahren, durch das das Verwaltungsrecht des Ehemanns einer

[1]) Für eine solche auch Pagenstecher, Seite 282/283.

Ehe mit gesetzlichem Güterstande aufgehoben war. Würden wir eine unbegrenzte Rückwirkung annehmen, so müßten wir die von der Ehefrau auf Grund der mit der Aufhebung der Verwaltungsgemeinschaft gemäß § 1426 BGB. eingetretenen Gütertrennung vorgenommenen Handlungen für unwirksam erklären. Mit dieser Möglichkeit müßte ein Vertragsgegner also noch fünf Jahre rechnen. In der Tat ein Zustand, der die Rechtssicherheit untergraben würde.

Bei dem zweiten Falle handelt es sich um die Aufhebung eines Urteils, durch das eine Ehe geschieden oder für nichtig erklärt war. Wenn nun in der Zwischenzeit ein Ehegatte eine neue Ehe eingegangen ist, so würde bei unbegrenzter Rückwirkung diese neu eingegangene Ehe für nichtig anzusehen sein, ein Resultat, wie es allerdings von der Literatur vielfach gebilligt wird.[1]) Es ist unzweifelhaft, daß durch dieses Ergebnis auf der einen Seite ein großer Schaden gestiftet wird, indem die Ehe, die jemand mit dem geschiedenen Ehegatten eingegangen ist, gewaltsam auseinander gerissen wird, während der Vorteil, der durch die Herstellung des alten Zustandes erwächst, doch nur ein geringer ist, da nach erfolgter Rechtskraft auch die Interessen der Ehegatten an der Wiederherstellung der alten Ehe erloschen sein werden. Durch einen Ausgleich derart, daß das Wiederaufleben der alten Ehe nur insoweit rückwirken soll, als dadurch der Stand der zweiten Ehe nicht berührt wird, und demgemäß auch nur insoweit Verpflichtungen des anderen Ehegatten entstehen, wird den Interessen des ersten Ehegatten schon Genüge geschehen sein. Im Übrigen denke man sich den Fall, daß auch der andere Teil der ersten Ehe inzwischen eine neue Ehe eingegangen ist; dann sollen zwei durchaus das Interesse des Staates werte Ehen vernichtet werden, um Platz zu machen für einen weiteren Bestand der alten Ehe, in der wohl oft genug die Ehegatten sich nicht mit großer Sympathie begegnen werden. Die Folgen, die sich bei unbegrenzter Durchführung der Rückwirkung im Wiederaufnahmeverfahren ergeben würden, sind also solche, die niemand gutheißen kann.

Das Ergebnis steht aber auch mit der Rechtssicherheit, deren Stärkung auch ein Leitsatz des öffentlichen Rechts ist, im schärfsten

[1]) So Planck, DJZ. 1899 S. 38 u. Kommentar zu § 1326; Oertmann, DJZ. 06 S. 737 ff.

Widerspruch. Wenn wir daher auch anerkennen, daß die Beschränkung der Rückwirkung ausdrücklich ausgesprochen, doch wohl nur in ganz besonderen Fällen ist, so halten wir es doch für notwendig, da eine unbegrenzte Ausdehnung als öffentlichen Interessen zuwider laufend unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen kann, als für die Rückwirkung wesentlich die Grenzen anzuerkennen, die sie nicht in Widerspruch mit diesen Interessen setzen.

Für die Frage nach dem Einfluß der Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses auf das Mietverhältnis wird daher entscheidend sein, in wieweit ein öffentliches Interesse vorliegt mit Rücksicht auf den Mieter die Rückwirkung der Aufhebung zu begrenzen.

III.

Die angestellte Untersuchung hat ergeben, daß die Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses auf die vorher bestehende Rechtslage in jedem Falle zurückwirkt. Der durch den Zuschlag geschaffene Rechtsstand wird mit der Aufhebung stets so behandelt, als ob er nie eingetreten wäre. Daß die Rückwirkung auf die mit dem Zuschlag geschaffene Rechtslage eine unbegrenzte ist, ist aber auch ganz natürlich. Denn wenn die Rückwirkung in irgend einer Beziehung eine Einschränkung erleiden sollte, so könnte dies doch nur bei Rechtsgeschäften der Fall sein, die auf der alten Rechtslage basierend, eine unmittelbare Veränderung dieser herbeiführen. Die durch solche Verfügungen geschaffene Rechtslage muß im Interesse Dritter unter Umständen geschützt werden. Aber auch bei diesen Verfügungen sind es nur Ausnahmen, die von der Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses unberührt bleiben.

Wir, die wir den Zuschlag als einen rein publizistischen Akt betrachten, hatten uns dahin entschieden, daß zu einer Begrenzung der Rückwirkung erforderlich sei, daß besondere öffentliche Interessen der gegenteiligen Regelung widersprächen.

Um nun die rechtliche Lage des Mieters gegenüber dem Ersteher zu einer Zeit, wo dem Zuschlagsbeschluß noch die Rechtskraft mangelt, beurteilen zu können, ist es erforderlich, den Einfluß der Rückwirkung auf die im Rahmen des Mietsverhältnisses getroffenen Verfügungen im einzelnen zu prüfen. Zu diesem Zwecke soll erst einmal festgestellt werden, welche Verfügungen für uns, weil sie sich auf der ungewissen Rechtslage aufbauen, in Betracht kommen.

Zunächst ist da zu denken an die Kündigung des Erstehers, mag sie ihre rechtliche Grundlage im Mietvertrage oder in der besonderen gesetzlichen Bestimmung des § 57 S. 2 haben. Es ist aber in gleicher Weise die Kündigung des Mieters in Betracht zu ziehen.

Die Kündigung ist eine Verfügung, weil durch sie unmittelbar eine Rechtsänderung herbeigeführt wird. Die Kündigung des Mieters ist insbesondere deshalb zu berücksichtigen, weil die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Da der Empfänger, dessen die Kündigung zu ihrer Wirksamkeit bedarf, der Ersteher ist, also eine Person, deren Berechtigung durch die Aufhebung des Zuschlags beeinflußt wird, so ist auch die Kündigung des Mieters eine Verfügung, die sich auf einer Rechtslage aufbaut, die rückwirkend aufgehoben wird.

Es kommen weiterhin noch sämtliche Rechtshandlungen des Mieters in Betracht, die auf Erfüllung der ihm vertragsgemäß obliegenden Verpflichtungen gerichtet sind, so insbesondere die Zahlung der Miete. Zu jeder Erfüllung ist nämlich die Annahme der geschuldeten Leistung seitens des Berechtigten (nach der Verkündung des Zuschlagsbeschlusses also des Erstehers) erforderlich. Erst mit der Annahme erlischt das Schuldverhältnis, also auch die Annahme einer geschuldeten Leistung stellt sich als eine Verfügung dar, und es ergibt sich daher, daß zu jeder Erfüllung einer dem Mieter auf Grund des Mietvertrages obliegenden Verpflichtung eine Verfügung des Erstehers erforderlich ist.

Wie wir gesehen haben, gibt es zahlreiche Verfügungen innerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Mieter und Ersteher, die ihre Grundlage in der mit Verkündung des Zuschlagsbeschlusses geschaffenen Rechtslage haben. Es soll nunmehr im einzelnen geprüft werden, auf welche Verfügungen die Aufhebung des Zuschlags nicht zurückwirkt. Gemäß der von uns getroffenen Entscheidung müssen wir untersuchen, bei welchen Verfügungen ein öffentliches Interesse der unbegrenzten Rückwirkung im Wege steht. Ein solches besonderes öffentliches Interesse liegt aber nur dann vor, wenn das Ergebnis, zu dem die unbegrenzte Rückwirkung führen würde, ein unbilliges wäre. Und weiter dieses unbillige Ergebnis durch ein an sich berechtigtes Vertrauen auf die Beständigkeit des öffentlichen Aktes hervorgerufen wäre.

Von einem unbilligen Ergebnis wird man nur dann reden können, wenn diejenigen Verfügungen, die mit Rückwirkung umgestoßen werden sollen, solche sind, deren Vornahme zu der Zeit, wo die Wirksamkeit des Zuschlagsbeschlusses noch eine ungewisse war, unabhängig vom Willen des Mieters erfolgen konnte. Dies ist aber der Regel nach nicht der Fall.

Der Mieter ist nicht benötigt zu einer Zeit, wo der Zuschlagsbeschluß noch umgestoßen werden kann, dem Ersteher gegenüber seine Erfüllungshandlungen vorzunehmen, und diesem somit zu einer Verfügung auf Grund seiner umstoßbaren Berechtigung Gelegenheit zu geben. Die Fälligkeit solcher Erfüllungshandlungen wird wohl nur selten zu Zeiten mangelnder Rechtskraft des Beschlusses gegeben sein, und sollte dies wirklich einmal der Fall sein, so bleibt dem Mieter immer noch die Möglichkeit, sich gegen die Gefahr im Falle der Aufhebung des Zuschlags, noch einmal zahlen zu müssen, durch Hinterlegung zu schützen.

Auch bezüglich der Kündigung seitens des Mieters läßt sich ein unbilliges Ergebnis vermeiden. Ein Mieter, der sichergehen will, wird die Kündigung zweckmäßig sowohl dem Ersteher als auch dem Subhastaten gegenüber erklären. In den soeben angeführten Fällen liegt also kein öffentliches Interesse vor, die Rückforderung zu begrenzen. Mit Rückwirkung sind daher sowohl die Kündigung des Mieters als auch die zum Zwecke der Erfüllung von ihm vorgenommenen Handlungen als unwirksam zu behandeln.

Ein anderes ist es dagegen mit Verfügungen des Erstehers, die dieser nach freiem Belieben, ohne an eine Zustimmung oder wie bei der Annahme einer Erfüllungshandlung, ohne an eine Anregung des Mieters gebunden zu sein, vornehmen kann. Als solche Verfügung im Rahmen des Mietverhältnisses kommt nur die Kündigung des Erstehers in Betracht. Allein der Wille des Erstehers ist hier maßgebend, ob er, während dem Zuschlagsbeschluß noch die Rechtskraft mangelt, zu einem in diese Zeit fallenden Termin von seinem gesetzlichen bezw. vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch machen will. Dem Mieter ist keine Möglichkeit gegeben, sich der Entscheidung zu entziehen, ob wohl der Zuschlag aufgehoben und er unter Umständen genötigt sein wird, den Mietvertrag noch weiter innezuhalten oder ob der Zuschlag bestehen bleibt. Auf eigene Gefahr hat der Mieter die Prüfung anzustellen. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von den schon vorher genannten.

Wir wollen nunmehr sehen, ob nicht in diesem Falle ein öffentliches Interesse vorliegt, der Kündigung eines Erstehers auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Zuschlagsbeschlusses auch im Falle der Aufhebung des Beschlusses ihre Wirksamkeit zu belassen.

In der gesamten Literatur über diese Frage wird einseitig hervorgehoben, wie schwer im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung die Interessen des Mieters verletzt würden. Daß bei einer Entscheidung in diesem Sinne der Mieter schwer geschädigt werden kann, ist offensichtlich. Es wird dadurch dem Mieter die Last aufgebürdet, sich auf eigene Gefahr darüber zu entscheiden, ob wohl der Zuschlag mit Erfolg angefochten werden kann. In der Tat eine wenig beneidenswerte Lage, wenn der Mieter Grund zu der Annahme zu haben glaubt, daß der Zuschlag unumstößlich sei und demgemäß auf Grund der Kündigung des ersten Erstehers eine neue Wohnung mietet, und ebenso unangenehm kann es für ihn werden, wenn er auf den Erfolg der Beschwerde vertrauend, sich nicht nach einer neuen Wohnung umsieht. Dieser peinlichen Lage des Mieters gegenüber müssen wir nun aber auch die Mittel anführen, die ihm zu Gebote stehen, sie zu vermeiden. Nicht in Betracht hierbei kommen für uns die Mittel, durch die der Mieter schon vor der Zwangsversteigerung sich auf vertraglichem Wege vor einem eventuellen Schaden durch Ausübung des gesetzlichen Kündigungsrechtes seitens des Erstehers zu schützen vermag.

Da das Kündigungsrecht des § 57 S. 2 ZVG. zu den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen gehört, deren abweichende Feststellung gemäß § 59 Abs. I jeder Beteiligte verlangen kann, so ist der Mieter, sofern er sich gemäß § 9 Ziff. 2 ZVG. durch Anmeldung seines Mietrechts zum Beteiligten macht, berechtigt, zu verlangen, daß das Grundstück ohne Kündigungsrecht ausgeboten wird. Freilich muß nach § 59 Abs. II mit dem Ausgebot ohne Kündigungsrecht auch gleichzeitig ein solches mit Kündigungsrecht erfolgen. Es ist aber jedenfalls der Mieter in die Lage versetzt, durch dieses doppelte Ausgebot seinem vertraglichen Mietrecht nach den Rechten des betreibenden Gläubigers und der eingetragenen Gläubiger Wirksamkeit zu verschaffen.

Es wird ferner unter Umständen eine Hülfe für den Mieter geschaffen durch die Bestimmung des § 572 II und III ZPO., nach der sowohl das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird als auch das Beschwerdegericht in der Lage ist, die Aussetzung der Vollziehung anzuordnen. Hierdurch würde der Richter in der Lage sein, dem Ersteher die Möglichkeit zur Kündigung zu nehmen.

Es kommen weiterhin noch Schadenersatzansprüche in Betracht, durch die der Mieter, sofern den Vermieter oder einen Dritten an dieser durch die Kündigung geschaffenen Lage ein Verschulden trifft, von diesen Ersatz erlangen wird.

Aus den Erörterungen ergibt sich, daß im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung dem Mieter zwar ein erheblicher Schaden entstehen kann, daß aber die Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes es oft genug ermöglichen, diese Schädigung, insbesondere soweit sie durch die Kündigung auf Grund der besonderen gesetzlichen Bestimmung des § 57 2 ZPO. erfolgt, zu vermeiden.

Es ist nun aber noch weiter erforderlich, zu untersuchen, ob jemand geschädigt wird und welcher Art diese Schädigungen sind, für den Fall, daß wir die Kündigung als gültig betrachten. Es ist hierbei im voraus zu bemerken, daß ein Schaden naturgemäß nur dann entstehen kann, wenn sich die Kündigung als eine unzweckmäßige Maßregel herausstellt, die eben den Wert des Grundstücks, da der bisherige Mietvertrag ein vorteilhafter war, vermindert. Daß nun der Schaden, der durch das Leerstehen einer Wohnung für den Vermieter entsteht, ebensohoch ist wie der Schaden, den jemand erleidet durch das Bezahlen der Miete für eine Wohnung, die er nicht benutzen kann, bedarf keines Beweises. Die Aussichten, eine leerstehende Wohnung weiterzuvermieten, sind auf beiden Seiten gleich verteilt.

Bezüglich der Person des Geschädigten ist zu sagen, daß sie verschieden ist je nachdem ob mit Aufhebung des Zuschlags sofort eine andere Person an die Stelle des Erstehers gesetzt wird, oder ob erst ein neues Verfahren beginnt, in dem nunmehr ein neuer Bieter das Grundstück ersteht.

Im ersten Falle ist der im Aufhebungsbeschluß an die Stelle des ersten Erstehers gesetzte neue Ersteher der Geschädigte. Er erhält die Sache im Werte vermindert. Irgend ein Mittel, diese Schädigung zu vermeiden, steht ihm nicht zu Gebote. Schon dies spricht dagegen, die Interessen des Mieters ihm gegenüber als die überwiegenden zu bezeichnen. Im zweiten Falle wird dagegen der zweite Ersteher nie geschädigt werden. Er wird stets ein Gebot abgeben, das dem Werte

des Grundstücks im zweiten Versteigerungstermine entspricht. Wir nehmen allerdings dabei an, daß ihm bekannt ist, daß der erste Ersteher von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Statt seiner haben in diesem Falle die am Verfahren Beteiligten den Schaden zu tragen. Der durch die Kündigung gesunkene Wert des Grundstücks kommt in einem Mindergebot des zweiten Erstehers zum Ausdruck. Soweit es, weil nicht einmal das geringste Gebot erreicht ist, überhaupt nicht zu einem Zuschlage kommt, leiden daher unter dem gesunkenen Wert des Grundstücks sämtliche Gläubiger, deren Forderungen durch die Differenzen der verschiedenen Werte des Grundstücks betroffen werden. Wird dagegen, da das geringste Gebot erreicht wird, der Zuschlag erteilt, so bleibt als Geschädigter infolge des geringen Gebotes immer noch der das Verfahren betreibende Gläubiger.

In Bezug auf die Mittel, den ihnen durch die Kündigung entstehenden Schaden zu vermeiden, bestehen für die am Verfahren Beteiligten die gleichen Möglichkeiten, wie sie dem Mieter gewährt sind, ausgenommen natürlich die dem Mieter möglicherweise aus dem Mietvertrage gegen den Vermieter zustehenden Ansprüche.

Wenn wir die Interessen berücksichtigen, die durch die Entscheidung der Frage verletzt werden, so kommen wir daher zu dem Ergebnis:

Es werden in jedem Falle Interessen verletzt; das eine Mal solche des Mieters, das andere Mal solche des zweiten Erstehers bezw. am Verfahren Beteiligten. Daß die Interessen einer Gruppe aber empfindlicher getroffen werden, läßt sich nicht behaupten. Wenn daher bei Entscheidung der Frage hier und dort Rücksichten auf ein bedeutenderes Interesse der Mieter genommen werden, so ist diese Rücksichtnahme aus dem Grunde verfehlt, weil ein solches bedeutenderes Interesse weder dem Ersteher noch den am Verfahren Beteiligten gegenüber besteht.

Es bedarf nunmehr noch der Erwägung, ob im Falle der Kündigung ein besonderes öffentliches Moment vorhanden ist, daß die Interessen des Mieters gegenüber denen des Erstehers bezw. der am Verfahren Beteiligten als der Berücksichtigung mehr wert erscheinen läßt. Daß dies der Fall ist, möchte ich verneinen. Denn solange der Zuschlag

noch keine Rechtskraft erlangt hat, liegt nicht die Notwendigkeit für jemand vor, sich auf seine Gültigkeit zu verlassen. Da der Ersteher Eigentümer geworden ist, und das Kündigungsrecht erhalten hat, aus Gründen, die im Wesen der Zwangsversteigerung liegen, so besteht eben die Notwendigkeit, daß jemand im Falle der Aufhebung, sofern der erste Ersteher von seinem Rechte Gebrauch gemacht hat, geschädigt wird. Daß die Art der Schädigung in quantitativer Hinsicht eine gleiche ist für den Mieter, wie für die anderen Gläubiger des Subhastaten und den Ersteher haben wir schon nachgewiesen. Die Schädigung gerade des Mieters zu vermeiden, liegt nicht im öffentlichen Interesse. Denn dadurch, daß die Verfügungen auf Grund des Zuschlags solange er noch nicht rechtskräftig ist, wieder aufgehoben werden können, wird keine Rechtsunsicherheit geschaffen. Wenigstens fällt diese Rechtsunsicherheit nicht bedeutender ins Gewicht, als die, die dadurch geschaffen würde, daß noch vor Rechtskraft des Zuschlags jemand berechtigt sein soll, das Grundstück zum Schaden der Gläubiger bezw. des Erstehers zu entwerten. Das öffentliche Interesse reicht also in unserem Falle nicht aus, damit wir die im Wesen der Rückwirkung liegende Grenzen als vorliegend erachten. Würde der rechtskräftige Zuschlag im Beschwerdewege gemäß § 577 II 2 ZPO.,[1]) weil die Voraussetzungen der Nichtigkeits oder Restitutionsklage vorliegen, angefochten und aufgehoben, so wurde auch nach unserer Meinung eine begrenzte Rückwirkung einzutreten haben, weil sonst öffentliche Interessen verletzt würden. Bei der Aufhebung auf Grund gewöhnlicher Beschwerde zu zeiten mangelnder Rechtskraft greifen diese Momente aber wie gesagt nicht Platz. Ja, wir würden in diesem Falle eine Begrenzung der Rückwirkung für direkt in Widerspruch mit dem Zwangsversteigerungsgesetz stehend halten. Denn die Tendenz des Gesetzes ist dahingehend, in erster Linie eine Befriedigung der dinglich am Grundstück Berechtigten sowie der betreibenden Gläubiger herbeizuführen. Die Interessen des Mieters und seine Rechte werden hintangestellt und erst in zweiter Linie berücksichtigt. Dafür liefert Zeugnis, daß es überhaupt ein Kündigungsrecht des Erstehers gibt. Bei dieser verschiedenen Bewertung der Interessen muß es uns überhaupt als dem Wesen der Zwangsversteigerung entsprechender er-

[1]) Das dies möglich ist, dafür Wolff: Anm. 1 zu § 79.

scheinen, wenn gegenüber dem Schaden, den die am Verfahren Beteiligten zu erleiden hätten, der evtl. Schaden des Mieters keine Beachtung findet. Nach unserer Ansicht ist es also gerade im vorliegenden Falle notwendig, die Rückwirkung der eingetretenen Aufhebung des Zuschlags auszudehnen. Wir kommen daher auch bezüglich der Kündigung zu dem Ergebnis, daß wir mit der Aufhebung des Zuschlags die Rechtslage so zu betrachten haben, als sei der Ersteher niemals zur Kündigung berechtigt gewesen. Dem Subhastaten wie dem zweiten Ersteher gegenüber ist (also) die durch den ersten Ersteher erfolgte Kündigung nicht wirksam.

Wie die getroffenen Ausführungen ergeben, stehen wir auf dem Standpunkt, daß die mit Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses eintretende Rückwirkung in jeder Beziehung eine unbegrenzte ist. Sämtliche Verfügungen des Erstehers auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Zuschlagsbeschlusses, ebenso auch weiterhin sämtliche Veränderungen der Rechtslage, die zu ihrer notwendigen Voraussetzung das aufgehobene Recht des Erstehers haben, fallen mit Aufhebung des Beschlusses zusammen. Der Mieter hat dies zu berücksichtigen, solange der Zuschlagsbeschluß noch nicht rechtskräftig ist. Will er eine Kündigung vornehmen, so mag er dieselbe dem Ersteher und gleichzeitig auch dem Subhastaten gegenüber erklären. Er darf dem Ersteher, dessen Berechtigung noch nicht endgültig feststeht, keine Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Verpflichtungen anbieten. Von diesem hierzu aufgefordert, mag er sich vor Schaden durch Hinterlegung der geschuldeten Leistung bewahren.

Eine schwierige Situation entsteht für den Mieter allein dann, wenn der Ersteher ihm gegenüber eine Kündigung vornimmt. Hier hat der Mieter auf eigene Gefahr zu prüfen, ob die mit dem Zuschlag erworbenen Rechte des Erstehers auch wirksam bleiben werden. Trifft er eine falsche Entscheidung, so kann ihm dies große Nachteile bringen. Dies muß als Härte für den Mieter angesehen werden.

Die Ursache, daß der Mieter diese für ihn mit Gefahren verbundene Prüfung vorzunehmen hat, liegt aber im Gesetz, das hier ausnahmsweise Rechtswirkungen an einen Vorgang geknüpft hat, der noch nicht als endgültig bezeichnet werden kann. Die Motive selbst erklären ausdrücklich, daß sie nicht verkennen, daß gerade diese Regelung geeignet

ist, erhebliche Verwicklungen herbeizuführen. Sie begründen dies damit, wie Jaeckel in Anm. 1 zu § 89 ZVG. anführt, daß die Rücksicht auf die Rechtssicherheit volle Gewißheit des Zeitpunktes verlange, in welchem das Eigentum von dem Ersteher erworben wird.

Wenn wir daher auch nicht verkennen, daß die rechtliche Lage des Mieters gegenüber dem Ersteher vor Rechtskraft des Zuschlagbeschlusses nicht immer eine solche ist, daß sich Schädigungen vermeiden lassen, so müssen wir auf der anderen Seite auch wieder betonen, daß das Gesetz diese dem Mieter unter Umständen schädliche Regelung aus einem höheren Interesse vorgenommen hat. Es ist aber auch weiter noch zu bedenken, daß sich die für den Mieter ungünstige Lage dadurch verbessert, daß seine Ansprüche aus dem Mietvertrage gegen den Mieter bestehen bleiben, sowie daß er unter Umständen Schadenersatzansprüche gegenüber denjenigen, die im Einzelfalle die für ihn prekäre Situation hervorgerufen haben, wird geltend machen können.